

## **INFORME DE 7 DE FEBRERO DE 2018 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, RELATIVA AL MANTENIMIENTO DE UNA CLÁUSULA DE PROHIBICIÓN DE SEGREGACIÓN CONTENIDA EN UNA CONCESIÓN HIDRÁULICA (UM/001/18).**

### **I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME**

El 21 de diciembre de 2017 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) un escrito de un operador, en el marco del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), relativa a la denegación de la revocación de una cláusula de prohibición de segregación contenida en una concesión hidráulica. La información suministrada, tras describir ciertos pormenores de orden procesal relativos a la admisión de su escrito, puede resumirse de este modo:

- Que el operador es titular de diversas concesiones hidráulicas que en 1992 se vincularon a fábricas de ferroaleaciones, prohibiéndose la segregación de ambas actividades para proteger un interés público consistente en el mantenimiento de las fábricas y los empleos fundamentalmente en Galicia, según consta en las concesiones.
- Que el interesado pretende segregar la actividad, mediante la revocación del requisito de no segregación, alegando que la situación de hecho que motivó la inclusión de la prohibición de segregación en las concesiones se ha visto alterada, pues: i) los saltos de agua ya no abastecen directamente a las fábricas, como ocurría al principio; y ii) la retribución por dichos saltos de agua ha disminuido de modo considerable, mientras la actividad de ferroaleación tiene una rentabilidad razonable.
- Que la Resolución de 26 de julio de 2017 del Director de Aguas de Galicia considera que subsiste el interés a proteger puesto que la segregación pondría en peligro el futuro de las ferroaleaciones y por tanto del empleo en la zona, de modo que ha denegado la revocación de la cláusula de no segregación.
- Que la cláusula señalada de prohibición de segregación no está justificada en una razón de interés general, restringe el derecho a la libertad de empresa, y constituye una limitación injustificada al acceso y ejercicio de las actividades económicas.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 28 de la LGUM.

### **II. CONSIDERACIONES**

#### **II.1) Descripción de las alegaciones del interesado**

El operador considera, según lo señalado, que la cláusula de prohibición de segregación no está justificada en una razón de interés general, restringe el derecho a la libertad de empresa, y constituye una limitación injustificada al acceso y ejercicio de las actividades económicas. Más en particular, el escrito informa sobre lo siguiente:

- Que la prohibición de segregación vulnera los artículos 5, 9 y 18 de la LGUM. En concreto, el operador considera que la prohibición de segregación es una carga injustificada que le impide ejecutar su Plan Industrial, pues para ello es necesario manejar los dos negocios (ferroaleaciones e hidroeléctrico) de modo independiente, al generar dificultades su gestión conjunta. Asimismo, el requisito hace inviable la financiación externa de ambos negocios (la empresa no puede dar en garantía los activos hidroeléctricos, pues el cambio de titularidad supondría la extinción de la concesión). El mantenimiento de la prohibición de segregación comprometería su viabilidad (por ejemplo, dificulta el cumplimiento de los requisitos para acceder a la interrumpibilidad). En definitiva, el requisito sitúa a la empresa en posición de desventaja competitiva.
- Que supone un obstáculo al acceso a las actividades debido a que terceros interesados en la compra de los saltos de agua no podrán hacerlo, al pesar sobre dichos saltos la prohibición de segregación. Aunque ha habido algún operador interesado en el negocio de producción hidroeléctrica la venta no se ha podido formalizar debido a la prohibición de segregación.
- Que la prohibición no responde a ninguna razón imperiosa de interés general. El informante señala, de un lado, que los saltos de agua ya no abastecen directamente a las fábricas. De otro lado, la retribución por dichos saltos de agua ha disminuido de modo considerable, mientras la actividad de ferroaleación tiene una rentabilidad razonable. Por ello, aunque concurriera justificación al requisito, la misma sería de tipo económico.

## **II.2) Consideraciones de la CNMC**

Según lo recién señalado, el operador sintetiza las razones por las que considera que existe una eventual barrera al acceso y al ejercicio de las actividades económicas en los siguientes tres motivos: la prohibición de segregación constituye una carga injustificada; dicha cláusula impide el acceso de otros operadores a la actividad de producción de energía eléctrica; y no existe una razón imperiosa de interés general que justifique el mantenimiento de la cláusula de no segregación. Se analizan dichas tres cuestiones separadamente a continuación.

### II.2.1) Límite al ejercicio de la actividad

Según lo indicado, el operador considera que la prohibición de segregación vulnera los artículos 5, 9 y 18 de la LGUM, al exigir una gestión conjunta de dos negocios distintos; al impedir la financiación externa; y al comprometer la viabilidad del negocio hidroeléctrico, situando todo ello al informante en una posición de desventaja competitiva. Al respecto se efectúan las siguientes consideraciones.

La LGUM tiene por finalidad garantizar en todo el territorio español la libre circulación de bienes y servicios, así como la libertad de establecimiento de empresas y el ejercicio de su actividad en condiciones de igualdad.

Se trata, por tanto, de una Ley liberalizadora de las actividades económicas que garantiza la libre iniciativa económica y su ejercicio, según su artículo 16. Así pues, el acceso y ejercicio a una actividad económica sólo podrá limitarse según lo dispuesto en la propia LGUM y en el Derecho europeo (o internacional).

Toda posible limitación a la regla general de libre acceso y ejercicio de las actividades económicas deberá ser *necesaria*, es decir, estar motivada en una razón imperiosa de interés general, y ser *proporcionada* a la razón invocada. Así resulta del artículo 5 de la LGUM:

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Así pues, una actividad económica solo puede limitarse a fin de salvaguardar una razón imperiosa de interés general. Las posibles razones imperiosas de interés general figuran en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en los siguientes términos:

«Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada [por] la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

Por otro lado, el artículo 18.2.i LGUM considera prohibido “*Cualquier otro requisito que no guarde relación directa con el objeto de la actividad económica o con su ejercicio*”.

Lo anterior determina que las autoridades competentes, en la medida en que establezcan límites al ejercicio de una actividad económica, deben justificar que tales límites responden a una razón imperiosa de interés general y que son proporcionados. A ello debe añadirse la señalada prohibición de establecer requisitos que no guarden relación directa con el ejercicio de la actividad económica.

A juicio de esta Comisión el mantenimiento de una prohibición de segregación en los términos expresados en el escrito del informante podría llevar aparejados los efectos desfavorables que dicho interesado señala (dificultades de gestión de negocios diversos, limitaciones en cuanto a la obtención de financiación, etc.). Ello determina que el mantenimiento de una prohibición de segregación como la descrita pueda constituir un límite al ejercicio de las actividades económicas.

Dicho límite se ha justificado por la autoridad competente, en esencia, en la necesidad de preservar el empleo en la zona en que operan el negocio hidráulico y el de ferroaleaciones. A falta de una mayor motivación por parte del punto de contacto de la autoridad competente, tal motivo difícilmente se podría reconducir a alguno de los previstos en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009. Para el caso de que dicha autoridad competente considere que la limitación impuesta viene fundamentada por alguna de las razones previstas en el citado artículo 3.11, no bastaría con la mera invocación de dicha razón de interés general, sino que se debería motivar que la medida adoptada (mantenimiento de la prohibición) es idónea para salvaguardar la razón de interés general que se pretende proteger y, además, que es la menos restrictiva posible.

## **II.2.2) Barrera de acceso**

El operador interesado argumenta que el mantenimiento de la prohibición de segregación, además de un límite al ejercicio de la actividad, constituye una barrera de acceso, pues terceros interesados en la compra de los saltos de agua no podrán hacerlo, al pesar sobre dichos saltos la prohibición de segregación.

Esta Comisión coincide sustancialmente con tal enfoque: la prohibición de segregación supone que potenciales compradores que tendrían acceso a la actividad de producción de electricidad se verán privados de esa posibilidad debido a la prohibición de segregación que pesa sobre ambas actividades (generación hidroeléctrica y negocio de ferroaleaciones).

Según lo ya señalado, todo límite al acceso a las actividades económicas debe estar motivado en razones imperiosas de interés general, y ser proporcionado. Ello exige una motivación por parte de la autoridad competente acerca de las razones por las cuales debe mantenerse la prohibición de segregación

impidiendo el acceso al mercado de producción hidroeléctrica a nuevos operadores, en los términos ya comentados.

### **II.2.3) Ausencia de razones de interés general**

Adicionalmente a las razones comentadas, el informante justifica la ausencia de razones de interés general en el presente caso en dos motivos esenciales:

- Que la retribución por los saltos de agua ha disminuido de modo considerable, mientras la actividad de ferroaleación tiene una rentabilidad razonable.
- Que los saltos de agua ya no abastecen directamente a las fábricas, como sucedía en el pasado, de modo que no se justifica el mantenimiento de la prohibición de segregación.

Con respecto a la primera consideración el operador aporta en su escrito una serie de magnitudes económicas de las que resultaría que, a diferencia de lo sucedido en momentos en que la retribución del anterior régimen especial permitía una elevada rentabilidad de las centrales hidroeléctricas, el descenso de la retribución de la generación renovable unido al incremento de ingresos de la actividad de ferroaleaciones ha llevado a una situación inversa a la precedente: hoy son las fábricas de ferroaleaciones las que apoyan económicamente a las centrales hidroeléctricas, y no al contrario.

Por lo que respecta al segundo motivo expuesto, tal como señala el operador, la nueva configuración del mercado de energía eléctrica determina que las ferroaleaciones ya no se abastezcan directamente a través de los saltos de agua. El informante señala que tal falta de suministro directo se remonta a 2007 y viene reconocido expresamente en resoluciones administrativas como, por ejemplo, la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 23 de octubre de 2015, relativa a la gestión de la demanda de interrumpibilidad, que tendría por acreditada que la central de generación no suministra a la instalación de consumo. El operador menciona asimismo la disposición adicional octava, 1, del Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, a tenor del cual no cabe el suministro directo desde las centrales hidroeléctricas hasta las fábricas de ferroaleaciones. Al respecto añade que, aun en el caso de que el autoconsumo resultara posible, la regulación del servicio de interrumpibilidad hace absolutamente desaconsejable dicha vinculación. Y ello en la medida en que la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, sobre el mecanismo competitivo de asignación del servicio de interrumpibilidad hace enormemente onerosa la prestación del servicio para fábricas con autoconsumo.

Al respecto de lo anterior, además de la señalada exigencia de que las limitaciones al ejercicio de una actividad sean necesarias y proporcionadas, debe señalarse que las razones del mantenimiento de la prohibición de segregación no podrán obedecer a motivos de naturaleza económica. Dichos requisitos de

naturaleza económica se detallan, por remisión de la LGUM, en el artículo 10.e) de la Ley 17/2009, que asimismo los prohíbe:

En ningún caso se supeditará el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio al cumplimiento de lo siguiente: [...]

e) Requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica.

Así pues, mediando una razón imperiosa de interés general (que no podrá ser de naturaleza económica), la proporcionalidad de una medida consistirá en que la misma sea adecuada al objetivo que se trate de alcanzar (idoneidad) y que no vaya más allá de lo necesario para lograrlo (mínima restricción). La falta de justificación de una medida en términos de necesidad y proporcionalidad, o su fundamentación en motivos de tipo económico, debe considerarse contraria a la LGUM.

A lo anterior debe añadirse que todo límite al ejercicio de las actividades requiere una fundamentación en datos precisos que fundamente dicha limitación<sup>1</sup>. Dicho de otro modo, para el caso de que la autoridad competente invoque una supuesta razón imperiosa de interés general que justifique el mantenimiento de la limitación, dicha autoridad competente deberá expresar con datos precisos los motivos por los que el mantenimiento de la limitación sobre el operador podrá servir para la salvaguarda del interés invocado. En definitiva, no bastaría con la mera invocación de una razón de interés general, sino que se deberá motivar que el mantenimiento de la medida cuestionada es idóneo para salvaguardar dicha razón de interés general y que la decisión adoptada es la menos restrictiva posible, aportando los datos que permitan comprobar el cumplimiento de los requisitos anteriores. Asimismo, debe quedar acreditado que la decisión de la autoridad competente no constituye un requisito de naturaleza económica o un requisito prohibido en la medida en que no guarde relación con el ejercicio de la actividad.

### **III. CONCLUSIONES**

1. El presente informe versa sobre la actuación de la autoridad competente consistente en el mantenimiento de una prohibición de segregación de un negocio de ferroaleaciones y otro negocio de generación hidroeléctrica para la salvaguarda de un interés general consistente en el mantenimiento del empleo en la zona en que están establecidas dichas actividades.

---

<sup>1</sup> En tal sentido cabe citar, por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 2011, Comisión/España (C-400/08), apartado 83.

**2.** Una medida como la descrita supone un límite al ejercicio de la actividad económica del operador, en la medida en que condiciona la gestión de su negocio, pudiendo constituir asimismo una barrera al acceso de nuevos operadores a la actividad de generación hidroeléctrica, al no resultar posible una segregación que permita la venta.

**3.** A juicio de esta Comisión, la autoridad competente, en el informe que eventualmente emita, debería señalar la concreta razón imperiosa de interés general que justificaría el mantenimiento de la limitación. Junto a ello, sin que baste la mera invocación de una razón imperiosa de interés general, debería motivar que la limitación que se pretende mantener es idónea para salvaguardar el interés invocado. También deberá justificar que la decisión adoptada es la menos restrictiva posible, aportando los datos que permitan comprobar tal circunstancia. Finalmente, deberá quedar acreditado que la decisión de la autoridad competente no constituye un requisito de naturaleza económica o un requisito prohibido por no guardar relación directa con el ejercicio de la actividad.